



Roj: **AAP Z 65/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:65A**

Id Cendoj: **50297370052017200004**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **19/01/2017**

Nº de Recurso: **349/2016**

Nº de Resolución: **45/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

AUTO: 00045/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION QUINTA

N10300

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2015 0017500

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000349 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000674 /2015

Recurrente: BENAS ESQUI Y MONTAÑA S.L., MAMMUT SPORT GROUP AG

Procurador: JOSE MARIA ANGULO SAINZ DE VARANDA, ANGEL ORTIZ ENFEDAQUE

Abogado: JULIO GARCIA AGUARON, ERIC JORDI CUBELLS

Recurrido: MAMMUT SPORT GROUP AG

Procurador: ANGEL ORTIZ ENFEDAQUE

Abogado: ERIC JORDI CUBELLS

A U T O núm. 45/2016

Ilmos. Señores:

Presidente :

D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA

Magistrados:

D. ANTONIO PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a Diecinueve de Enero de dos mil diecisiete.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 674/2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 15 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 349/2016, en los que aparece como parte apelante, BENAS ESQUI Y MONTAÑA S.L., representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE MARIA ANGULO SAINZ DE VARANDA, asistido por el Abogado D. JULIO AGUSTIN GARCIA AGUARON, y como parte apelada-impugnante, MAMMUT SPORT GROUP AG, representada por el Procurador de los tribunales, D. ANGEL ORTIZ ENFEDAQUE, asistida por el Abogado D. ERIC JORDI CUBELLS, siendo parte el MINISTERIO FISCAL; y en fecha veintiséis de febrero de dos mil dieciséis se dictó AUTO, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1.- Se declara la nulidad del emplazamiento de la demandada efectuado por medio inidóneo. 2.- Se tiene por subsanado, a posteriori, el vicio, por la comparecencia en tiempo y forma efectuado por la demandada con efectivo y pleno ejercicio de su derecho de defensa. 3.- Se estima la cuestión de falta de jurisdicción internacional planteada por MAMMUT SPORT GROUP AG frente a la demanda planteada por BENAS ESQUI Y MONTAÑA SL, por corresponder el conocimiento de la misma a los Juzgados de Lenzburg/AG-Suiza, absteniéndose del conocimiento de la demanda y sobreseyendo el proceso. 4.- No se imponen las costas procesales causadas por la cuestión competencial planteada."

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de BENAS ESQUI Y MONTAÑA S.L., se interpuso contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opuso e impugno el mismo; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de noviembre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO ANTONIO PEREZ GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso interpuesto contra la resolución del Juzgado debe confirmarse, por los atinados y fundados razonamientos formulados en el escrito de oposición a aquel, expuestos con precisión y concisión, que es necesario dar ahora por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones, además que nada nuevo podría añadirse a los nuevos por resolver con indudable acierto todas las objeciones que se alegan en aquel, siendo en esencia reproducidas por el escrito presentado en igual trámite por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- La primera cuestión que se plantea es la relativa a la validez de la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los Juzgados de Lenzburg. Resulta obvio que esta cláusula era conocida, o debía haberlo sido, por la parte actora en virtud de los contratos que obraban en su poder, en los que aquella se había expresado, y debía haber hecho mención de ella en su escrito de demanda, al referirse a la competencia del Juzgado para exponer lo que hubiera estimado conveniente sobre su validez, haciendo en su caso las consideraciones oportunas sobre su nulidad o imposibilidad de aplicarla al supuesto, explicando por las razones que entendiésemos pertinentes para justificar que no eran competentes para conocer del litigio los Tribunales de Zaragoza, motivando conforme a Derecho la causa que opusiera a aquella estipulación, lo que hubiera posibilitado que su parte contraria, conociendo los argumentos formulados, hubiera podido oponerse a los mismos, exponiendo los que fueran favorables a sus pretensiones, dando lugar a presentar en su momento la correspondiente prueba sobre la validez o nulidad de la referida cláusula atribuyendo la competencia a un Tribunal de un país **extranjero**, en un debate que se presentase con contradicción entre las partes, pero lo que no puede es formular la petición en el recurso que presenta, porque no es el trámite adecuado y no se puede entablar ahora, de modo extemporáneo, discusión alguna sobre esa primera cuestión que debe resolverse al iniciar el juicio, sancionándolo así el principio de procesal de preclusión, que se regula en el artículo 136 de la Ley de Enjuiciamiento, conforme al cual, transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se fundamenta en afirmar la indeterminación del fuero competente, que es creencia que se base en tres consideraciones, como son: A) La falta de concreción del Tribunal al que se atribuye el conocimiento del litigio; B) La renuncia previa al fuero propio; C) La imposibilidad de que las partes señalen uno o más órganos jurisdiccionales para la resolución; y D) Falta de equilibrio entre las partes a la formular la cláusula de sumisión. La cláusula 15. 2 del contrato, que es objeto de debate, presenta la



siguiente redacción: "El lugar de jurisdicción y cumplimiento de todas las obligaciones surgidas de o relativas a este acuerdo es exclusivamente Lenzburg/AG-Suiza. No obstante, Mammut Export Group se reserva el derecho a seleccionar como lugar de jurisdicción el domicilio social del agente". Es claro que en el pacto transcrito se determina con precisión la ciudad a cuyos Tribunales se somete el conocimiento del litigio, no existe renuncia previa al propio fuero porque no lo exige la vigente Ley de Enjuiciamiento, y ha sido admitido por la Jurisprudencia la posibilidad de que las partes designen dos o más órganos jurisdiccionales para la solución del posible litigio, conforme a las Sentencias que se citan por la parte opositora a los folios 1216 y 1217 en el respectivo escrito, que han de darse también por reproducidas. En cuanto a la alegada falta de equilibrio entre las prestaciones de las partes, no existe en las actuaciones evidencia alguna de que al redactarse aquella cláusula las partes no obraran libre y conscientemente, aceptando el pacto y todas sus consecuencias, o que una de aquellas impusiera a la otra una sumisión no previamente aceptada, o que se firmase sin conocer su contenido, o que determinase un desajuste entre las prestaciones de las partes, o cualquiera otra que permitiese razonar esa ausencia de equilibrio entre las respectivas obligaciones asumidas en justa correspondencia a las propias de la otra parte, de modo que pudiera ser contraria al principio de buena fe, aun cuando el contrato no se celebrase entre consumidores y no resulten de aplicación las normas promulgadas para la protección de éstos, o al menos nada de ello se ha demostrado en el pleito, ni la parte que ahora alega el motivo lo expuso con anterioridad, dando la oportunidad procesal a la otra parte de contradecir el fundamento que hubiera podido alegarse, ni se ha practicado prueba alguna, siendo por tanto improcedente la resolución que pudiera dictarse sobre ese desequilibrio.

CUARTO.- El siguiente motivo del recurso considera la inexistencia de la cláusula de referencia. Bien que el referido contrato pueda no estar firmado, pero existen con posterioridad continuas comunicaciones de la parte reconociendo la validez del contrato –por el que se han regido las relaciones entre las partes durante muchos años–, y en concreto a aquel pacto, que aparece aportadas por la parte que formula la cuestión de competencia, que se reproducen en la resolución del Juzgado y en el escrito de oposición al recurso, y no se ha alegado en el curso del pleito –ni en el recurso que se resuelve– razón alguna, debidamente justificada, por la que estos reconocimientos no puedan aceptarse en el sentido, claro y concluyente, con el que fue expresado, debiendo volverse a aquel principio de buena fe, y de su inseparable secuela de respeto a los actos propios, que prohíbe actuar con otros nuevos en contradicción con los anteriores, cuando aquellos han presentado un inequívoco y contundente significado jurídico, que es argumento sobradamente conocido y que no merece por tanto explicación alguna.

QUINTO.- Se argumenta a continuación en el recurso sobre el carácter excepcional con que han de interpretarse las cláusulas de sumisión a los Tribunales **extranjeros**. No se expone en el escrito suficiente razón que justifique la anterior afirmación. En la actualidad, las relaciones comerciales entre diferentes estados constituyen hecho, ya no sólo normal, sino ordinario y muy frecuente, dada la rapidez de los medios de transporte y de comunicación. Nada hay, pues, que objetar al hecho de que las partes en un contrato pacten la sumisión a los Tribunales de un país **extranjero**, con total libertad y aceptación de sus consecuencias, y en su consecuencia ninguna norma de interpretación de los contratos - artículos 1281 y siguientes del Código Civil, Ley de Condiciones Generales de los Contratos y demás normas que puedan ser de aplicación -que tampoco se precisan en el recurso– pueden obligar a una aplicación restrictiva de lo convenido en la referida estipulación, libremente consentida y sin se haya probado vicio alguno que pudiera anular aquella.

SEXTO.- En el siguiente motivo del recurso se contiene argumentación que es muy parecida a la expuesta en el anterior considerando, diciendo que se ha infringido en la resolución impugnada la Jurisprudencia relativa a las condiciones generales de venta y confirmación de pedidos. En la exposición del motivo, ciertamente extenso y con cita de varias Sentencias, no hay razonamiento alguno que justifique la vulneración de la Jurisprudencia que se dice, y sea suficiente con volver a repetir que en el contrato aportado existe una cláusula de sumisión al Tribunal **extranjero**, y, fuere o no fuere aquel firmado, aparecen aportadas a las actuaciones diversas comunicaciones extendidas por la parte ahora apelante con posterioridad que hacen referencia al contrato, reconociendo su aplicación directa a las relaciones comerciales existentes entre quienes son en este pleito litigantes y aceptando consecuencias de aquel, con la interpretación que de las mismas se ha hecho en anteriores fundamentos. Las Sentencias que son citadas en el motivo carecen de aplicación concreta en el caso, pues ninguna de ellas tiene incidencia concreta en el mismo: comunicaciones –cualquiera que sea su clase– remitidas por la parte reconociendo el contrato y el fuero pactado, que constituyen claramente "actos posteriores" a los efectos propios del artículo 1282 del Código Civil, sin ofrecer explicación alguna que pudiera justificar la razón de aquel reconocimiento, y no se comprende bien ese concepto de "Unilateralidad" a que se hace referencia en alguna de aquellas resoluciones, que se contradice con cuanto ha quedado dicho.

SÉPTIMO.- El último motivo del recurso ha de ser desestimado por los mismos que se argumentan en la resolución impugnada, que se dan expresamente por reproducidos-



Es necesario citar, a este respecto, los siguientes artículos del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007. Así, artículo 1º: "Queda aprobada, en nombre de la Comunidad, la firma del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para sustituir al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, a reserva de la celebración de dicho Convenio".

El artículo 2º. : "1. Salvo lo dispuesto en el presente Convenio, las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos Jurisdiccionales de dicho Estado...".

El artículo 5. : "Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio: ...5) si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal en que se hallaren sitios;".

El artículo 22 : " Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:...".

El artículo 23 : " 1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado vinculado por el presente Convenio, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado vinculado por el presente Convenio fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. ...".

Y demás preceptos que resulten concordantes.

En el presente litigio no se dan ninguna de las competencias exclusivas contenidas en el artículo 22 del Convenio señalado, operando la sumisión expresa pactada en el contrato, conforme al artículo 23 de aquel, y los Juzgados y Tribunales españoles carecen de jurisdicción para entender del presente caso.

De igual modo, es de tener en cuenta, a los efectos procedentes, que el concepto de "Agencia" en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es distinto del que se mantiene en la Ley de Contrato de Agencia, como se sostiene en el Auto del Juzgado, y escritos de las partes opositoras.

De tal modo es de tener en cuenta lo que se mantiene en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 4 de marzo de 2015, que se transcribe por la recurrida, en la que se dice lo siguiente: "...La solución aquí propugnada es la más acorde igualmente con la jurisprudencia europea sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha venido a reforzar la sustantividad de las citadas "sucursales" o "agencias", en cuanto "centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, siempre que el mismo esté dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, queden dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz" (STJUE de 19 de julio de 2012 y las que en ella se citan). Tal interpretación es también, sin duda, la más conforme con la esencia misma del seguro de asistencia de viaje como el que aquí nos ocupa y la que, en mayor medida, procura los objetivos explícitos que inspiran la normativa europea, a saber, "el mejor acceso a la justicia" o "facilitar una buena administración de justicia" favoreciendo "la estrecha conexión entre el órgano jurisdiccional y el litigio". Piénsese que por los gastos devengados en España por una ciudadana inglesa se está remitiendo el resarcimiento a los tribunales franceses. Por lo anterior, es también la interpretación más respetuosa con los parámetros a que alude el art. 3.1 CC , que exige que en interpretación de las normas se atienda a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas]...". Igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asimismo citada por la misma parte, que establece igual concepto.

OCTAVO.- En el informe explicativo sobre el Convenio de Lugano, del que fue autor Pocar, Fausto, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Milán, se dice lo siguiente: "Publications Office 68. Los litigios que se han planteado sobre sucursales, agencias y demás establecimientos, para los cuales este artículo dispone una jurisdicción especial que puede sustituir al foro ordinario del demandado, han sido litigios sobre derechos y obligaciones contractuales y extracontractuales en lo que respecta a la gestión del establecimiento (rentas o alquileres, relaciones con el personal, etc.), obligaciones contractuales asumidas por el establecimiento en nombre de la sociedad matriz y que deben cumplirse en el Estado en que se encuentra el centro de operaciones, y obligaciones no contractuales derivadas de actividades realizadas en nombre de la matriz por el establecimiento en el lugar en que éste se encuentra situado (3). También en este caso corresponde al tribunal



que conozca del caso comprobar y categorizar la relación que se pretende, teniendo en cuenta el concepto del litigio planteado por la explotación de sucursales, agencias u otros establecimientos, que aquí se ha descrito. 7". Esto es, la interpretación de aquellos conceptos "sucursales, agencias y demás establecimientos..."- deberá hacerse conforme a las circunstancias del caso, correspondiendo su comprobación al Tribunal que juzgue el supuesto.

NOVENO.- Por último, respecto del traslado de la demanda a la parte, ésta se efectuó por procedimiento no adecuado, como es un servicio de mensajería privado, en lugar de realizarla por el medio establecido en los artículos 225 y procedentes de la Ley de Enjuiciamiento y Convenio de La Haya, por lo que ha de llevar consigo la nulidad de las actuaciones contraviniendo los preceptos legales por ausencia de las debidas garantías exigidas, al haberse actuado en proceso legal por vías de hecho que no se encuentran reguladas legalmente (Artículos 225 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento, y 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y demás correspondientes), siendo tan evidente el hecho que no ha de precisar mayor explicación.

DÉCIMO.- Desestimado el recurso, sus costas son de imponer a la parte apelante, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento.

VISTOS los artículos citados y demás de procedente y general aplicación.

LA SALA ACUERDA.-

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Angulo Sainz de Varanda, en su representación, contra el Auto dictado por el Juzgado el pasado día 26 de Febrero de 2016, ya transcrito, que se confirma íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El Presidente firma la presente resolución por el Magistrado Ilmo. Sr. D. ANTONIO PASTOR OLIVER quien participó en la deliberación y votó pero no pudo firmar (art. 204 LEC).